

EL CASO DE LOS TIRADORES DEL MURO DEL BERLÍN. A VUELTAS CON ALGUNOS DEBATES CLÁSICOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL SIGLO XX¹

Oscar Pérez de la Fuente
Universidad Carlos III
Madrid²

Fecha de recepción 01/06/2011 | De aceptación: 07/06/2011 | De publicación: 25/06/2011

RESUMEN.

Es artículo analiza el caso de los centinelas del muro de Berlín que disparaban y mataron a algunas personas –que querían pasar la frontera–, amparados por una interpretación del Derecho de la RDA. Algunos años después de la unificación alemana, el Tribunal Constitucional condenó aquellos soldados por asesinato con el argumento que se trataba de Derecho “extremadamente injusto”. Esta es una forma particular de aplicación de la fórmula de Radbruch. El objetivo de este artículo es estudiar el caso de los centinelas del Muro de Berlín bajo la perspectiva de la Filosofía del Derecho, particularmente en la controversia entre positivismo y iusnaturalismo. En este sentido, se comparan los enfoques de Kelsen y Radbruch sobre el Derecho nazi. Y también se estudia la polémica Hart Fuller sobre el caso de “delator rencoroso”.

PALABRAS CLAVE.

positivismo jurídico, iusnaturalismo, mal absoluto, holocausto.

ABSTRACT.

This article analyzes the case of the border guards of the Berlin Wall that have shot and killed some people -who wanted pass the frontier- and those soldiers were protected by some legal interpretation under the German Democratic Republic Law. Some years after the German unification, the Constitutional Court condemned those soldiers for murder with the argument that that was an “extremely unjust” Law. This was a particular form of application of the Radbruch’s formula. The objective of this article is studying the case of the Berlin Wall border guards under the perspective of the Philosophy of Law, particularly the controversy between positivism and iusnaturalism. In this sense, they are compared Kelsen and Radbruch approaches on Nazi law. And also it’s studied the Hart-Fuller polemics on the ‘grudge informer’ case

KEY WORDS.

legal positivism, iusnaturalism, radical evil, holocaust.

¹ Este trabajo se enmarca dentro del *Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”* (CSD2008-00007) y esta vinculado al proyecto de investigación “Historia de los Derechos Fundamentales, S.XX.” La referencia del proyecto es DER2008-03941.

² Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. E-mail:oscar.perez@uc3m.es

Sumario 1.- El caso de los tiradores del Muro de Berlín –*Mauerschützen*- 2.- Kelsen v. Radbruch 2.- a) *La tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, elemento clave de la Ciencia Jurídica* 2.-b) *El Derecho supone que existen interpretaciones científico-objetivas y político-subjetivas* 2.-b2) *Derecho Natural y retroactividad* 2.-c) *Explicación positivista de los juicios de Nuremberg: las leyes retroactivas de los vencedores como mal menor* 2.- a2) *La fórmula Radbruch: las tensiones entre seguridad jurídica y justicia* 2.-b2) *Derecho Natural y retroactividad* 3.- Hart v. Fuller 3.- a) *Solución positivista al dilema: aplicar leyes retroactivas* 3.-a1) *La moralidad interna del Derecho –Fuller-* 4.- Algunas conclusiones

Ley de Fronteras de la RDA del año 1982, parágrafo 27, apartado 2, párrafo 1:

“El uso de armas de fuego esta justificado para evitar la perpetración inminente o la continuación de un hecho delictivo, que tenga la apariencia de delito según las circunstancias”

Parágrafo 27, apartado 5:

“Al hacer uso de armas de fuego se protegerá en lo posible la vida de las personas”³

³ DDR-GBI. I p. 197. Alexy, R.; “ Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario da Facultade de Dereito de la Universidad de la Coruña*, 5, 2001, pp. (75-95) 80.

1.- El caso de los tiradores del Muro de Berlín –*Mauerschützen*–

Leyendo el libro *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código penal* del Profesor Felip Saborit⁴, encontré un asombroso capítulo sobre el caso, resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, que condenó por homicidio a los soldados centinelas del Muro de Berlín que, amparados en la regulación legal de la

⁴ Felip Saborit explica los hechos de uno de los casos “La noche del dos de febrero de 1972, dos *Mauerschützen* descubrieron a un joven que, con la intención de alcanzar el sector occidental de Berlín, estaba cruzando a nado el río Spree, que separa las dos zonas de la ciudad. Tras proferir la voz de alto y efectuar algunos disparos de advertencia que fueron desatendidos, los guardias dispararon varias ráfagas de fusil automático contra el fugitivo desde una distancia de unos 40 metros. Una de las balas alcanzó en la cabeza de la víctima, que acabó muriendo ahogada en río. Los soldados fueron relevados esa misma noche y, con posterioridad, fueron condecorados y recompensados económicamente. Una mes más tarde, se le comunicó la viuda que su marido se había suicidado y que su cuerpo había sido incinerado. Dos décadas después, tras la caída de la RDA, ambos guardias fueron condenados, en calidad de coautores de homicidio, a una pena de un año y diez meses de prisión, dejándose en suspensión condicional la ejecución de la misma.” Este caso ha sido objeto de la sentencia *Mauerschützen* del Tribunal Constitucional Federal alemán. Felip Saborit, D.; *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código penal*, Barcelona, Atelier, 2000, p. 211.

RDA, disparaban contra aquellos que querían traspasar la fronteras entre las dos Alemanias. Este caso ha provocado una gran polémica en la sociedad alemana y en las diversas interpretaciones que se ofrecen desde el Derecho Penal, da buena cuenta de ello la monografía de Felip Saborit, en la que fue su Tesis Doctoral. Entre otros aspectos destacables, lo asombroso del caso es que la argumentación que dieron los Tribunales se basó en alguna versión de la fórmula Radbruch incluso, utilizando el argumento de que el “derecho extremadamente injusto” no era aplicable. Esto me llevó a considerar que sería interesante realizar una lectura del caso de los tiradores del Muro de Berlín, desde la Filosofía del Derecho.

Para analizar esta cuestión, me propuse algunas restricciones metodológicas. En primer lugar, parecía adecuado analizar alguna de las polémicas más importantes del siglo XX sobre el concepto de Derecho y las relaciones entre Derecho y

moral. En concreto, es relevante la polémica entre Kelsen y Radburch sobre el Derecho nazi y, en particular, sobre la explicación de los juicios de Nuremberg. Y también es relevante la polémica entre Hart y Fuller sobre Derecho y moral y, en particular, el caso del *delator rencoroso*. En segundo lugar, analizaría las polémicas mencionadas en aquello que fuera relevante para el caso de los tiradores del Muro de Berlín y dejaría más de lado otros elementos. En tercer lugar, centraría la atención en la bibliografía primaria de estos autores y no entraría en la abundante bibliografía secundaria⁵.

⁵ Esta restricción metodológica también es aplicable a la bibliografía específica sobre el caso de los tiradores del Muro. El objetivo es mostrar este caso desde las aportaciones de los debates de la Filosofía del Derecho. Alguna bibliografía sobre el caso se puede encontrar en: Quint, P. E.; "Judging the past: The prosecution of East German Border Guards and the GDR Chain of Command", *The Review of Politics*, 61, 1999, pp. 303-329; ADAMS, K. A.; "What is Just? The rule of Law and Natural Law in the Trials of Former East German Border Guards", *Stanford Journal of International Law*, 29, 1992-1993, pp. 271-314; MANFRED, J. G.; "Coming to Terms with the East German Border Guards cases", *Columbia Journal of Transnational Law*, 38 1999, pp. 375-418; GEIGER, R., "The German Border Guard Cases and International Human Rights", *European Journal of International Law*, 9, 1998, pp. 540-549.

La tesis de fondo que se intenta dilucidar es si la concepción del Derecho que se adopte –para simplificar la cuestión se analizará una alternativa entre positivismo y iusnaturalismo– está vinculada necesariamente con la obediencia o con la cuestión de cuál es o debe ser la respuesta correcta para los casos judiciales. Este tema, lejos de estar claro, permite tres visiones: a) La Teoría del Derecho no se vincula con la respuesta correcta que debe dar en los casos judiciales –Bix-⁶ b) La Teoría de Derecho se vincula con la respuesta correcta que debe dar sólo en algunos casos judiciales –Alexy-⁷ c) La Teoría del Derecho da

⁶ En este sentido, Bix afirma que "el positivismo jurídico es una teoría sobre la naturaleza del Derecho, que por su auto-caracterización es una teoría descriptiva o conceptual. Por sus términos, el positivismo jurídico no tiene consecuencias para cómo las disputas particulares son decididas, cómo los textos son interpretados, o cómo se organizan las instituciones" Bix, B., "Legal positivism" en Golding, M. P.; Edmundson, W. A. (eds.); *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2006, p. (29-49) 31-

⁷ Bix caracteriza la posición de Alexy con estas palabras: "Alexy parece sostener una posición intermedia, tal que su Teoría del Derecho –o al menos la particular teoría del Derecho que él defiende– es decisiva en un número pequeño de casos, pero de otra forma tiene poco a ningún efecto". Es de señalar que, en la nota pie que ilustra esta afirmación, las referencias son a las visiones de Radbruch. Bix, B.; "Robert Alexy, Radbruch's formula and the nature of

necesariamente la respuesta correcta que se debe dar en los casos judiciales – Dworkin⁸–.

Creo que estas tres visiones, sobre la tesis de fondo de este artículo, son un tema central para la Filosofía del Derecho y, lejos estar de resuelta, es una cuestión controvertida que merecería mayor reflexión. En esta línea, Alexy habla del “efecto de riesgo” ya que “para un juez o funcionario de un Estado injusto su propia situación se presenta de forma distinta según tenga ocasión de interpretarla a la luz de un Derecho positivista o no positivista.”⁹Analizando la

legal theory”, *Rechtstheorie*, 27, 2006, p (139-149) 143.

⁸ Dworkin afirma que “Los Filósofos del Derecho debaten sobre la parte general, el fundamento interpretativo que todo argumento jurídico debe tener. (...) Por tanto, cualquier opinión de juez es en sí misma un pieza de Filosofía del Derecho, incluso si la filosofía está oculta y el argumento visible esta dominado por citas y listas de hechos. La Filosofía del Derecho – *Jurisprudence*– es la parte general de la adjudicación, un prólogo silencioso a cualquier decisión en Derecho.” Dworkin, R.; *Law’s Empire*, Londres, Fontana Press, 1991, p. 90.

⁹ Alexy, R.; “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, op. cit., p. 89.

polémica Hart v. Fuller, Lacey se expresa en términos parecidos cuando afirma: “de forma importante, la fuerza de debate se convierte, en parte, sobre un desacuerdo empírico implícito sobre qué tipo de visión sobre el Derecho – positivista o naturalista– equipará mejor a una sociedad para resistir a la tiranía.”¹⁰

El objetivo de las siguientes líneas será mostrar brevemente qué aportan la polémica Kelsen v. Radbruch y la controversia Hart v. Fuller al caso de los tiradores del Muro de Berlín, siempre con las restricciones metodológicas antes expuestas.

2.- Kelsen v. Radbruch

La conocida distinción entre el *contexto de descubrimiento* y *contexto de*

¹⁰ Lacey, N.; “Philosophy, political morality and history: Explaining the enduring resonance of the Hart-Fuller debate”, *New York University Law Review*, 83, 2008, p. (1059-1087) 1059.

justificación juega un papel en la controversia que mantuvieron Kelsen y Radburch. Dicho en otros términos, en esta polémica teórica sobre el concepto de Derecho influyen, de forma destacada -al menos para una de las partes- las circunstancias históricas. En concreto, el debate posterior a la Alemania nazi y el papel de las concepciones del Derecho y de los juristas. Como es sabido, Radbruch se alejó de posiciones que había mantenido anteriormente y formuló una visión crítica con el positivismo jurídico, encarnado en la posición de Kelsen. En concreto, Hadelmann sintetiza estos ataques en dos tesis: *a) Tesis causal*: la teoría del positivismo jurídico jugó un papel en preparar el terreno para la toma nazi del poder. *b) Tesis de la exoneración*: el positivismo jurídico, en virtud de la aparente vinculación de los jueces en los tribunales nazis, puede servir para exonerarlos.¹¹ En palabras de Radburch:

¹¹ Hadelmann, F.; “Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A debate on Nazi Law”, *Ratio Juris*, 18, 2, 2005, p. (162-178) 165.

“El positivismo, que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula “la ley es la ley”, dejó a la jurisprudencia y a la judicatura alemanas inermes contra todas aquellas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran, fuesen plasmadas por los gobernantes de la hora en forma de ley. Y no sólo eso, sino que esa mentalidad positivista superviviente opone todavía dificultades cuando se trata de paliar los efectos de aquellos desafueros legales.”¹²

¹² En esta línea, Radbruch afirma que “El derrumbamiento del Estado nazi, basado en la negación del Derecho, coloca continuamente a la judicatura alemana ante las preguntas que el caduco, pero aun vivo positivismo no sabrá nunca contestar. He aquí algunas de ellas: ¿Deben mantenerse en vigor las medidas adoptadas en cumplimiento de las leyes raciales de Nuremberg? ¿Siguen teniendo validez jurídica hoy, los actos de confiscación de las propiedades de los judíos, realizados en su día al amparo del que era Derecho, vigente en el Estado nazi? ¿Deberemos considerar firme y jurídicamente válida la sentencia por la que la judicatura del Estado nazi, a tono de la legislación vigente en él, condenó a muerte, como delito de alta traición, el simple hecho de escuchar una emisora de radio enemiga? ¿Deberemos reputar ajustada a la ley la denuncia que en su día inició el proceso criminal coronado por esta sentencia? ¿Sigue teniendo el valor de una ley, para nosotros,

2.- a) La tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, elemento clave de la Ciencia Jurídica

La característica definitoria del enfoque iusnaturalista es la conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Como es conocido, esto comporta la afirmación de, al menos, dos tesis: a) Una tesis metaética cognoscitivista, que, según diversas formulaciones, suele sostener que la moral se compone de principios, universalmente válidos, que los seres humanos pueden conocer. b) Una tesis jurídica que define el carácter jurídico de las normas por su contenido moral,

aquel borrador informal con que Hitler, mediante la conminación del más riguroso de los secretos, desencadenó el asesinato en masa en cárceles y prisiones? ¿Nos consideramos obligados, todavía hoy, a dejar impune un acto punible por el hecho de que se halle amparado por una amnistía mediante la cual el partido encaramado en el poder declaró sustraídos a la acción penal los actos criminales perpetrados por él mismo? ¿Merece la calificación de “Estado”, en el sentido jurídico de la palabra, un Estado que equivale a la dominación de un solo partido, que condena a la muerte a todos los demás y que representa, en general, la negación del Derecho mismo? Radbruch, G.; *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, traducción de Wenceslao Roces, pp. 178-179.

establecido por la tesis metaética que se adopte.

El enfoque de Kelsen se enfrenta a esta visión acerca del Derecho y presenta alternativas a la tesis metaética y a la tesis jurídica del iusnaturalismo. La lectura aviesa que algunos han realizado de la visión de Kelsen es vincularlo con alguna tesis metaética cercana al *todo vale* y una tesis jurídica que sostuviera que el Derecho, por el simple hecho de ser Derecho, es necesariamente justo y debe ser obedecido. Esta es una malcomprensión, quizá interesada, de sus tesis.

El enfoque de Kelsen es científico y parte de una epistemología que diferencia de forma tajante el mundo de los hechos y el mundo de los valores. A la hora de aproximarse a la realidad del Derecho, concibe que la tarea de la Ciencia Jurídica es describir el Derecho positivo por sus propias características, sin que sea

necesario para esta tarea recurrir a la moral. De esta forma, Kelsen afirma una de las tesis del positivismo metodológico como es la separación conceptual del Derecho y la moral. Es destacable que esta separación conceptual se produce en la tarea de definir el término Derecho, que es una empresa teórica, pero no se vincula con juicios que redunden en la legitimación de ese sistema jurídico. Por tanto, la Ciencia jurídica, según Kelsen, describe el Derecho que *es* sin vincularlo necesariamente a un contenido moral. La visión opuesta, tradicional del iusnaturalismo, de que el Derecho es por naturaleza moral, conduciría a que “en su aplicación de hecho, a través de la ciencia jurídica dominante en un determinada comunidad jurídica, conduce a una legitimación acrítica el orden coactivo estatal de esa comunidad.”¹³

Si la legitimidad/justicia es la condición definitoria de la legalidad/validez la afirmación de que algo es Derecho abocaría a su necesaria obediencia e imposibilitaría tener un punto de vista crítico frente a una legalidad caracterizada en esos términos. Según Kelsen, la tarea de la Ciencia jurídica es conocer y describir el Derecho, pero no legitimarlo, ni justificarlo. De esta forma, sostiene:

“Tal orden es el derecho positivo. Sólo éste puede ser objeto de la ciencia; y sólo él constituye el objeto de una teoría pura del derecho que no sea metafísica, sino ciencia jurídica. La teoría jurídica pura presenta al derecho como es, sin defenderlo llamándolo justo, ni condenarlo llamándolo injusto. Investiga el derecho real y posible, no el derecho perfecto. En este sentido, es una teoría radicalmente realista y empírica. Se

¹³ Kelsen, H.; *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 1998, traducción de Roberto J. Vernengo, p. 81-82.

rehúsa a hacer una valoración del derecho positivo.”¹⁴

La tesis jurídica del positivismo metodológico es la separación conceptual del Derecho y la moral en la definición del Derecho. Kelsen sostuvo una tesis metaética no cognoscitivista, que afirma que no es posible conocer los valores morales de forma objetiva, pero es importante señalar que esta visión no es necesariamente compartida por otros defensores del positivismo metodológico y, por tanto, no se vinculan necesariamente la tesis jurídica positivista y la tesis metaética no cognoscitivista. Por el contrario, la tesis jurídica iusnaturalista implica necesariamente la tesis metaética cognoscitivista. Pero esta tesis metaética, por sí misma, a su vez, no implica necesariamente una tesis jurídica concreta.

¹⁴ Kelsen, H.; *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995, traducción de Eduardo García Maynez, p. 16

Dadas estas consideraciones, ¿deben ser condenados por homicidio los tiradores del muro de Berlín? Un positivista, de tipo kelseniano, sostendría que los mencionados preceptos sobre el uso de armas de fuego formaban parte del Derecho válido de la RDA, lo cual no implicaría afirmar ningún juicio sobre su justicia o injusticia.

Se podría sostener que ser condenado penalmente por una acción permitida o promovida por una norma de Derecho válido, en un tiempo y lugar determinado, es una situación que requiere de alguna justificación adicional de peso. En este sentido, habría un argumento positivista que podría exculpar a los tiradores que se basaría en la generalidad de la aplicación de la ley:

““Justicia” en este sentido significa legalidad; “justo” es que una regla general sea efectivamente aplicada

en aquellos casos que, de acuerdo con su contenido, debe aplicarse. “Injusto” sería que la regla fuese aplicada en un caso y dejase de aplicarse en otro similar”¹⁵

Una línea de argumentación sería comprobar si todas las muertes de personas que traspasaron el Muro de Berlín fueron juzgadas y supusieron condenas para los soldados implicados. Otra posible vía sería interpretar a Kelsen como un positivista ideológico, que sostuviera que el Derecho, por el mero hecho de ser Derecho, es justo y debería ser obedecido. Esta posible interpretación podría estar amparada por estas palabras de Kelsen:

“La afirmación de que la conducta de un individuo es “justa” o “injusta” en el sentido de “legal” o “ilegal” significa que su

comportamiento corresponde o no con una norma jurídica que el sujeto que juzga presupone válida, en cuanto pertenece a un orden jurídico positivo.”¹⁶

Sin embargo, esta sería una lectura simple del positivismo kelseniano que insiste en la neutralidad axiológica en la definición de Derecho, sin afectar a cuestiones de legitimación u obediencia. Kelsen es un positivista metodológico, pero no es un positivista ideológico.

2.-b) El Derecho supone que existen interpretaciones científico-objetivas y político-subjetivas

La mencionada *tesis de la exoneración* afirma que si los jueces tienen una concepción positivista del Derecho esto acaba por implicar en su exoneración en

¹⁵ Kelsen, H.; *Teoría general del Derecho y del Estado*, op. cit, p. 16.

¹⁶ Kelsen, H.; *Teoría general del Derecho y del Estado*, op. cit.,p. 16.

casos de injusticia manifiesta. Otra versión de la *tesis de la exoneración* vendría a sostener que los *officials*, en este caso soldados, no deberían ser condenados si se sostiene una tesis jurídica positivista. Aquí, de nuevo, se produce una confusión entre hechos y valores y principalmente en los objetivos y el alcance de la Ciencia jurídica. La idea básica es que identificar correctamente el derecho válido, como normas positivas, en un tiempo y en un lugar determinado no comporta necesariamente la obligación moral de obedecerlo. La Ciencia jurídica describe, pero no valora, ni legitima el Derecho. En palabras de Kelsen, “el concepto de obligación jurídica se refiere exclusivamente a un orden jurídico positivo, y no tiene ninguna implicación moral.”¹⁷ El conflicto sobre una norma jurídica injusta, desde este punto de vista, se traslada a una cuestión de razonamiento práctico basada en la colisión de una obligación moral y una obligación jurídica y sus

criterios de solución. Pero es remarcable que la tesis positivista de la separación conceptual entre Derecho y moral en la identificación del Derecho no aporta criterios de solución para cuestiones de razonamiento práctico. Sí tiene una función previa de clarificación del panorama que no se produce si se adoptan las tesis metaética y jurídica iusnaturalista ya que, si éstas son adoptadas, sí comportan necesariamente una obligación moral y jurídica en el razonamiento práctico.

La *tesis de la exoneración* para la tarea de los jueces, si se siguen parámetros positivistas, parte de una visión simple de la interpretación y de la función judicial. Si bien es cierto que los jueces deben aplicar el Derecho válido, algunos de los esfuerzos del positivismo jurídico metodológico han consistido en demostrar, a través de la Filosofía del lenguaje, que los términos jurídicos tienen importantes grados de vaguedad, ambigüedad y lenguaje emotivo, entre

¹⁷ Kelsen, H.; *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 131.

otros fenómenos. Las normas jurídicas, de esta forma, no tienen un significado unívoco y definitivo. Esta es, al menos, la visión de Kelsen cuando distingue entre interpretaciones científico-objetivas y político-subjetivas. Y advierte que “la interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite un solo sentido ‘correcto’.”¹⁸ Aunque esto tenga ventajas como el ideal de seguridad jurídica, afirmado por la jurisprudencia tradicional, o desde el punto de vista político, no se puede hacer pasar como la única posible desde el punto de vista científico objetivo determinada interpretación política subjetiva, igualmente posible que otra, en un caso concreto. De esta forma Kelsen concluye “puesto que así se presenta lo que sólo es un juicio de valor político, falsamente como una verdad científica.”¹⁹

¹⁸ Kelsen, H.; *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 356.

¹⁹ Kelsen, H.; *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 356.

2.-c) Explicación positivista de los juicios de Nuremberg: las leyes retroactivas de los vencedores como mal menor

Una acusación que suele hacerse contra el positivismo, en la línea de la *tesis de la exoneración*, es que no daba argumentos para condenar a los culpables en los Juicios de Nuremberg. La misma acusación, guardando las distancias, se podría hacer en el caso de los tiradores del muro. ¿Cómo condenar a aquellos que dirigían y obedecían para realizar acciones que seguían las disposiciones del Derecho válido y aplicado en un tiempo y lugar determinados?

El Derecho en general, y el Derecho Penal en particular, se rigen por principios como legalidad, tipicidad y seguridad jurídica. En principio, nadie podría ser condenado por algo que no fuera delito en el momento de producirse la acción. En los casos planteados, pueden seguirse dos argumentaciones –una positivista y

otra iusnaturalista- que conducen a la condena. Ambas con algunos riesgos. Es de señalar que el Tribunal Constitucional Federal en el caso de los tiradores del muro siguió la argumentación iusnaturalista con la aplicación de una versión de la fórmula Radbruch.

La perspectiva positivista, que defiende Kelsen, rechaza la idea de los delitos naturales, aquellos que responden a la contravención de preceptos morales, y considera que los delitos sólo son aquellos que tienen tal carácter porque así lo dispone el ordenamiento jurídico positivo. Y así Kelsen afirma “no hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibita*.”²⁰ La apelación en Nuremberg a los principios morales de la Humanidad, en alguna versión del Derecho Natural, es rechazada por el positivismo kelseniano. En el caso de los tiradores del mundo, desde esta perspectiva, tampoco valdría

la consideración de ‘matar a un ser humano’ como delito natural.

La explicación positivista de Nuremberg es la aplicación de leyes de forma retroactiva debido a la gravedad de los hechos enjuiciados. En palabras de Kelsen:

“La justicia requiere el castigo de esos hombres, a pesar del hecho que bajo la ley positiva ellos no eran castigables en tiempo que se realizaron los actos que se que convirtieron en castigables con fuerza retroactiva. En caso de dos postulados de justicia que están en conflicto con otro, el superior prevalece; y castigar aquellos que son moralmente responsables de crímenes de la II Guerra Mundial debe seguramente ser considerado más importante que cumplir con la regla bastante relativa contra las

²⁰ Kelsen, H.; *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 126.

leyes *ex post facto*, abierta a demasiadas excepciones.”²¹

Se podría sostener que Kelsen utiliza en este caso la doctrina del *mal menor*, considerando que la gravedad de las acciones enjuiciadas pesa más que el principio de la irretroactividad de las leyes. De esta forma se mantiene la explicación positivista a los juicios de Nuremberg, pero a futuro plantea algunas dudas. Kelsen resume el precedente Nuremberg con estas palabras: “después de la próxima guerra, el gobierno de los Estados vencedores probaría que los miembros de los gobiernos de los Estados derrotados han cometido delitos determinados unilateralmente y con fuerza retroactiva por los primeros. Esperemos que no exista ese precedente.”²² Afortunadamente desde

aquellos años el Derecho Internacional ha avanzado en forma de acuerdos y pactos internacionales, que permiten hablar de legalidad internacional. En especial, para el caso de los tiradores del Muro es relevante, la Carta Universal de Derechos Humanos.

¿Es compatible la legislación de la RDA sobre fronteras que habilitaba para cometer homicidios con los artículos 3 y 5 de la Carta de Derechos Humanos? ¿Cómo interpretar el art. 3 “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”?

La ley de Fronteras de la RDA establecía como delito traspasar la frontera y justificaba hacer uso de armas de fuego para evitar acciones que tuvieran “apariencia de delito”. Y en otro apartado añadía: “Al hacer uso de armas de fuego se protegerá en lo posible la vida de las personas”. Si se afirma que todo individuo –por tanto, también, los que

²¹ Kelsen, H.; “Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in international Law”, *International Law Quarterly*, 1, 2, 1947, p. (153-171) 165.

²² Kelsen, H.; “Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in international Law”, op. cit, p. 171.

traspasan la frontera- tiene derecho a la vida, la forma de proteger ese derecho “en lo posible” es no disparar. Si el derecho a la vida se pondera con otros derechos requiere una muy especial justificación. También es destacable que el artículo 3 de la Declaración de Derechos Humanos habla de que todo individuo tiene derecho a la libertad y parece claro que en la RDA no se respetaba ese derecho y especialmente no se permitía traspasar la frontera, incluso con peligro para la propia vida.

¿Cómo interpretar el art. 5 “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”?

La idea de que para evitar cualquier “apariencia de delito” esté justificado el uso de armas de fuego, incluso se protege “en lo posible” la vida de las personas, parece dentro de una pena o trato cruel, inhumano y degradante. Esto es debido, por ejemplo, a que estas

disposiciones justifican que se pueda herir a las personas que cometan acciones que tengan “apariencia de delito” e incluso justifica que se pueda matar según las circunstancias, que dependen del criterio del soldado.

2.- a2) La fórmula Radbruch: las tensiones entre seguridad jurídica y justicia

Algunos sostienen que Radbruch tuvo una especie de “conversión” al iusnaturalismo después de los horrores de la Alemania nazi. Otras visiones, como Paulson, buscan hacer compatibles sus posiciones iniciales y posteriores. De esta forma, su obra posterior corregiría un error de su trabajo anterior, la idea equivocada, de seguridad jurídica.²³

²³ Paulson, S.; “Radbruch on Unjust Laws: Competing earlier and later views”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, 1995, p. (489-500) 500.

Lo relevante es que el Tribunal Constitucional Federal utilizó, en su argumentación en el caso de los tiradores del muro, la célebre fórmula Radbruch como parte de su *ratio decidendi*. Esta fórmula tiene dos versiones: a) La conocida como Fórmula de la intolerancia –*intolerability*–²⁴:

“El conflicto entre justicia y seguridad jurídica puede ser bien resuelto de esta forma: El Derecho positivo, asegurado por la legislación y el poder, tiene prioridad incluso si su contenido es injusto y falla para beneficiar a la gente, a no ser que el conflicto entre la ley y la justicia llegue a tan intolerable grado que la ley, como “falso derecho”, debe ceder a la justicia.”²⁵

²⁴ Hadelmann, F.; “Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A debate on Nazi Law”, *Ratio Juris*, op. cit, p. 166.

²⁵ Radbruch, G.; “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, 1, 2006, p (1-11) 7. Publicado en alemán originalmente en 1946.

b) La conocida como Fórmula del repudio –*disavowal*–²⁶

“Donde no hay incluso un intento de justicia, donde la igualdad, la base de la justicia, es deliberadamente traicionada en la creación del Derecho positivo, entonces el precepto no es meramente un “falso derecho”, falla completamente la auténtica naturaleza del Derecho. Para el Derecho, incluido el Derecho positivo, no puede ser definido de otra forma como un sistema y una institución que su autentico significado es servir a la justicia.”²⁷

El Tribunal Constitucional Federal “ha tomado en consideración que, en el caso

²⁶ Hadelmann, F.; “Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A debate on Nazi Law”, op. cit, p. 166.

²⁷ Radbruch, G., “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, op. cit, p 7.

de una contradicción insoportable entre el Derecho positivo y la justicia, el principio de seguridad jurídica puede ser peor valorado que el de justicia material” BVerfG, EuGRZ 1996, 538(549).²⁸ Como hace notar Alexy esta expresión del Tribunal no es exactamente la Fórmula Radbruch, sino algo comparativamente más débil ya que si existe una contradicción insoportable con la injusticia “no es que el principio de seguridad jurídica pueda entonces sólo ser peor valorado que el de justicia material, sino que también debe serlo”.²⁹ Salinger propone una versión de la Fórmula de la intolerancia de Radbruch como prioridad condicional de la seguridad jurídica, que se revoca en casos de injusticia insoportable. De esta forma:

²⁸ Alexy, R.; “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro del Berlín”, *Doxa*, num. 23, 2000, pp. (197-230) 218-219.

²⁹ Alexy, R.; “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro del Berlín”, op. cit., p. 219.

a) El conflicto de justicia y seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*) podría no ser solucionado absolutamente, permitiendo sólo una prioridad condicional. b) Esta prioridad condicional opera a favor de la seguridad jurídica. c) La primacía de la seguridad jurídica es revocada cuando la injusticia se convierte en intolerable (*unerträglicher Gerechtigkeitsverstoß*)³⁰

Pese a alguna frase en otro sentido (*Formulierung*) del Tribunal Constitucional Federal, éste adopta una argumentación iusnaturalista ya que sostiene que para fundamentar la punibilidad se precisa inexorablemente del recurso a principios jurídicos suprapositivos.³¹

³⁰ Salinger, F.; “Content and practical significance of Radbruch’s formula”, *Philosophy of Law Issues. International Journal*, II, Kiev-Chernivtsi 2004, p. (68-70) 68.

³¹ Alexy, R.; “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal

En este sentido, Alexy sostiene que tanto en la fundamentación como en la aplicación de sus criterios, el Tribunal habla del “derecho estatal extremadamente injusto” BVerfG EuGRZ 1996 538(549).³² En esta línea, habla incluso de inaplicabilidad o “inatendibilidad” (*Unbeachtlichkeit*) de la causa de justificación por tratarse de “derecho extremadamente injusto” BVerfG, EuGRZ, 1996, 538(550)³³

Este punto es interesante porque la Fórmula Radbruch de la intolerancia está comprometida con una tesis metaética cognoscitivista: para poder determinar que es extremadamente injusto deben

Constitucional federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro del Berlín”, op. cit, p. 221.

³² Alexy, R.; “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro del Berlín”, op. cit, p. 221.

³³ Alexy, R.; “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro del Berlín”, op. cit, p. 222.

existir valores morales y éstos se deben poder conocer. Alguien que fuera un escéptico moral difícilmente podría invocar esta fórmula y generar consensos en su aplicación. Precisamente uno de los debates acerca de la utilización de la fórmula Radbruch en el presente caso era que, al contrario que en el exterminio de los judíos en el Tercer Reich, en la muerte de la frontera interior alemana se discute con seriedad si representa injusticia extrema.³⁴ Alexy da algunos argumentos a favor: a) No sólo se trata de la muerte de un ser humano en la frontera; b) Se abandonaba un país en el que, por voluntad del poder político, debían permanecer toda su vida bajo circunstancias que no querían y probablemente detestaban; c) En ese sistema político no existía la posibilidad de modificar las circunstancias mediante una discusión pública libre y una oposición política.³⁵

³⁴ Alexy, R.; “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, op. cit, p. 91.

³⁵ Alexy, R.; “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, op. cit, p. 91.

2.-b2) Derecho Natural y retroactividad

En el caso de los tiradores del muro, Alexy ofrece una particular interpretación sobre las relaciones entre Derecho Natural e irretroactividad de los delitos. En primer lugar, acepta el principio de *nulla poena sine lege* pero en relación con el principio *ius praeivum*, que no debería confundirse con el de *lex scripta*.³⁶ De lo que se podría hacer la lectura de que el Derecho Natural establece que es lo extremadamente injusto, en una teoría próxima a la de los delitos naturales. De ahí que los delitos naturales preexisten a la acción punible y no habría de esta forma aplicación retroactiva. Otra cuestión es si estos delitos naturales son realmente delitos en un ordenamiento jurídico positivo determinado o qué ocurre si el delito natural va contra las disposiciones obligatorias del derecho

positivo. Estas son cuestiones que podríamos calificar como *clásicas*.

El problema, que ha sido ampliamente desarrollado por el positivismo metodológico, es que la falta de acuerdo en la premisa metaética iusnaturalista convierte en francamente indeterminada la lista de los delitos naturales. Y esto supone que la seguridad jurídica que ofrece el *ius praeivum* es insuficiente comparada con la del Derecho positivo. En el caso concreto, los soldados, que ejercían de tiradores del muro, conocían el Derecho válido de la RDA, pero la cuestión es si conocían el delito natural que convertía en Derecho extremadamente injusto las disposiciones que les obligaban a actuar disparando contra seres humanos. En un análisis de este caso y las diversas concepciones sobre el Derecho, Neumann afirma:

“El esquema interpretativo iusnaturalista no posibilita ninguna

³⁶ Alexy, R.; “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, op. cit, p. 94.

afirmación acerca de la situación jurídica de la antigua RDA. Más bien, supone la exigencia de no tomar en cuenta hoy la situación jurídica de entonces ni, por tanto, la prohibición de retroactividad característica del Estado de Derecho. Pero esto precisamente es lo que debería evitarse según las reglas de Tratado de Unificación.”³⁷

Si la explicación sobre irretroactividad y Derecho Natural que ofrece Alexy es adecuada no se sostiene la crítica de Neumann, ya que no se trata de juzgar a los soldados, obviando el Derecho de la RDA, según el Derecho posterior de la RFA. Sino más bien, como dice el Tribunal, apelar a principios suprapositivos que determinarían que es el Derecho extremadamente injusto. Esos principios eran anteriores a las acciones

de los soldados e incluso, a la promulgación de la Ley de fronteras. De nuevo, el problema de la argumentación iusnaturalista es la indeterminación y falta de certeza en la lista de delitos naturales.

Esta crítica de Neumann, sin embargo, puede mostrar un punto débil en la argumentación positivista. En este sentido, afirma:

“Respecto a la prohibición de retroactividad del Derecho penal prevista en el art. 103 de la Ley Fundamental, ello significa lo siguiente: Quien niega la validez de ciertas causa de justificación del derecho de la RDA con argumentos iusnaturalista, está exigiendo que no se aplique la prohibición de retroactividad propia del Estado de Derecho a causa de la especial

³⁷ Neumann, U.; “Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre “Delincuencia estatal” en la anterior RDA”, *Doxa*, 17-18, 1995, p. (435-444) 441.

reprochabilidad de las acciones cuestionadas.”³⁸

La inaplicación de la retroactividad a causa de la especial reprochabilidad de las acciones es el argumento positivista de Kelsen en Nuremberg y de Hart en el caso del *informador rencoroso*. Es la visión que lo asimila a un mal menor en la aplicación del Derecho. De nuevo, y de forma simplificada, la argumentación iusnaturalista no se aplica retroactivamente, porque, para la mayoría de sus defensores, el Derecho Natural sería eterno.

3.- Hart v. Fuller

Los términos de la polémica Hart v. Fuller pueden ofrecer nuevos elementos de análisis para el caso de los tiradores del

³⁸ Neumann, U.; “Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre “Delincuencia estatal” en la anterior RDA”, op. cit, p. 441.

muro. También en esta ocasión se enfrentan una versión del positivismo metodológico y una versión del iusnaturalismo. El punto de la controversia entre ambos autores, que aquí interesa más, se produjo especialmente en el análisis del caso del delator rencoroso -*Grundge informer*-. Durante la Alemania nazi existían unas leyes de delación para los enemigos del régimen que consideraban delito escuchar un emisora extranjera. Algunas mujeres, por rencor, delataron a sus maridos según esta legislación. La cuestión polémica, *a posteriori*, es si el comportamiento de la mujer debería ser sancionado y en base a qué concepción del Derecho.

3.- a) Solución positivista al dilema: aplicar leyes retroactivas

El caso del *delator rencoroso* fue decidido por el Tribunal, en el sentido de que el precepto “era contrario a la sólida

conciencia y sentido de justicia de todos los seres humanos decentes.”³⁹ Es una argumentación iusnaturalista, a la que Hart propone dos alternativas:

“Existían, naturalmente, otras dos posibilidades. Una era dejar a la mujer sin castigo. Se puede comprender y considerar que esta visión hubiera sido una mala solución. La otra sería afrontar el hecho que si la mujer fuese castigada debe ser gracias a una ley claramente retroactiva y con plena conciencia de que era sacrificada al asegurar su castigo de esta forma. Por detestables que puede ser el castigo y la legislación penal retroactiva, haber perseguido esto abiertamente hubiera tenido al menos el mérito de la honradez.”⁴⁰

³⁹ Hart, H.L.A.; “Positivism and the separation of Law and morals”, *Harvard Law Review*, 71, 4, 1958, p. (592- 629.) 619.

⁴⁰ Hart, H.L.A.; “Positivism and the separation of Law and morals”, op. cit, p. 619.

En *El concepto de Derecho*, Hart defiende el principio *nulla poena sine lege*. Sin embargo, también defiende, en algunas ocasiones, la aplicación retroactiva de las leyes penales como un mal menor. De esta forma afirma: “puede argüirse en favor de la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, que ello no oculta la elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar”⁴¹

Como se ha visto caben tres alternativas:

a) No castigar a la mujer; b) Una justificación iusnaturalista apelando a la conciencia y el sentido de justicia de todos los seres humanos que no consideraría propiamente Derecho el delito nazi de delación; c) Aplicar una legislación penal de forma retroactiva

⁴¹ Hart, H.L.A.; *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, traducción de Genaro Carrió, p. 261.

para castigar a la mujer. Hart considera que este último es el argumento de la honradez.

Volviendo al caso de los tiradores del Muro. El Tribunal Constitucional Federal consideró aplicable al caso, con algunos matices, una versión de la argumentación iusnaturalista. Simplificando mucho la cuestión, y a efectos expositivos, en este caso:

a) *El primer mal es no castigar a los soldados.* Esto podría suponer que aquellos que obedezcan leyes válidas, extremadamente injustas, no deben ser nunca condenados por ello. Esto por una *reducción al absurdo* lleva que, en los juicios de Nuremberg, no habría argumento jurídico para la condena y el Holocausto quedaría impune. Ahora, de nuevo, en el caso de los tiradores del muro la cuestión trata

de si es un caso de injusticia de especial gravedad.

b) *El segundo mal es aplicar “la conciencia y el sentido de justicia de todos los seres humanos.”* Esta expresión del Tribunal es claramente indeterminada y, además, admite prueba en contra. La moral de algunas personas en la Alemania nazi, algunos dirían incluso que la moral social, no eran contrarias al delito de delación. Cabe plantear si ocurría lo mismo en el caso de los tiradores del Muro, si la moral social de la RDA consideraba positivamente los homicidios de los tiradores del Muro. Porque entonces habría seres humanos o que no tenían conciencia o sentido de justicia y, entonces, éste no era compartido por “todos los seres humanos” o bien, habría seres humanos no sean propiamente humanos. El segundo problema que presenta esta visión es que existe falta de certeza en el

contenido de lo que es la justicia, y, consecuentemente, según la tesis jurídica iusnaturalista, en el contenido del Derecho. Por poner un ejemplo tópico: ¿Está la prohibición de discriminación de la igualdad de la mujer dentro de la “conciencia y el sentido de justicia de todos los seres humanos”? Parece más bien que se trata de una cuestión controvertida, al menos para algunos. Lo mismo se puede pensar de otras cuestiones morales polémicas donde no existe un consenso claro en la sociedad.

c) *El tercer mal es aplicar leyes retroactivamente.* Este camino se siguió según Kelsen en los juicios de Nuremberg. Es la solución que propone Hart para el caso del *delator rencoroso* que califica de honrada. Ambos lo consideran un mal menor. Es una excepción justificada al principio *nulla poena sine lege* que ambos defienden.

Desde el punto de vista del positivismo metodológico, un camino que no se puede seguir es calificar un derecho válido como no propiamente Derecho, debido a su injusticia manifiesta. Esta es la vía del ‘falso derecho’ de Radbruch. Por tanto, ante personas que hayan seguido el Derecho válido, y extremadamente injusto, el dilema positivista es: impunidad o aplicación de leyes retroactivas.

Los dilemas abocan a situaciones donde existe un remordimiento ya que, con cualquier solución que se adopte, se llega a un mal. El ejercicio de ponderación entre alternativas de un dilema. Desde esta perspectiva, habría *dilemas de inconmensurabilidad* y *dilemas de empate* que supondrían un sacrificio no gradual y *dilemas de sacrificio* con un sacrificio que podría graduarse y que permiten algún tipo de comparabilidad entre las alternativas, lo que supone soluciones del

tipo del *mal menor*.⁴² El dilema entre impunidad y aplicación retroactiva podría caracterizarse como un dilema de sacrificio, donde se establece una comparación entre alternativas. En casos de especial gravedad, los males de la impunidad pesan más que los de la aplicación retroactiva.

3.- b) *La separación conceptual entre el Derecho y la moral no implica la obediencia*

Frente a las mencionadas *tesis causal* y *tesis de la exoneración*, Hart sostiene que, aunque haya adquirido un cierto carácter siniestro en Alemania, la separación conceptual entre Derecho y moral va junto a “las más ilustradas

actitudes liberales.”⁴³ La cuestión, en paralelo al esquema kelseniano, es que la Teoría del Derecho hartiana busca definir el Derecho que *es*, sin recurrir a criterios de moralidad. También distingue las cuestiones que afectan a la tarea de definición del Derecho de las visiones del razonamiento práctico de los individuos, en especial la cuestión de la obediencia. Desde este punto de vista, Hart sostiene:

“¿Debe esta regla de Derecho ser obedecida?” Seguramente la verdadera respuesta liberal a cualquier uso siniestro del lema “Derecho es Derecho” o de la distinción entre Derecho y moral es: “Muy bien, pero esto no concluye la cuestión. Derecho no es moralidad; no dejemos que suplante la moralidad”⁴⁴

⁴² Lariguet, G.; *Dilemas y conflictos trágicos*, Lima, Palestra, 2008, pp. 123-129, 152. He analizado la cuestión de los dilemas aplicada a la decisión judicial en Pérez de la Fuente, O.; “Dilemas constitucionales y decisiones judiciales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXVI, 2010, pp. 435-460.

⁴³ Hart H.L.A.; “Positivism and the separation of Law and morals”, op. cit. p. 618.

⁴⁴ Hart H.L.A.; “Positivism and the separation of Law and morals”, op. cit. p. 618.

“Decimos que estas leyes son Derecho, pero demasiado malas para ser obedecidas.”⁴⁵

Estas afirmaciones hacen explícita la visión de Hart, pero la cuestión es más compleja. Especialmente, en el papel de los jueces o *officials* y en, algo implícito en el esquema hartiano, que la estabilidad del sistema necesita que éstos desarrollen el punto de vista interno, sean participantes del sistema jurídico y no meros observadores. ¿Cómo deben decidir los jueces sobre leyes injustas? En este sentido, Mertens responde “el problema de las leyes moralmente inicuas es un genuino problema jurídico para los jueces, y es dejado sin resolver por Hart.”⁴⁶

⁴⁵ Hart H.L.A.; “Positivism and the separation of Law and morals”, op. cit, p. 620.

⁴⁶ Mertens, Th.; “Radbruch and Hart on the Grudger Informer: A reconsideration”, *Ratio Juris*, 15, 2, 2002, p. (186-205) 203.

Es destacable que Hart enuncia la conocida *tesis de la separación* conceptual del Derecho y la moral, como característica del positivismo jurídico, en estos términos: “la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral.”⁴⁷ En un agudo análisis, Waldron propone dos cuestiones a las que debería contestar un positivista como Hart: a) *¿Está la observancia de los principios de legalidad entre los criterios necesarios para la aplicación de los conceptos Derecho y sistema jurídico a un sistema de reglas?* b) *¿La observancia de los principios de legalidad realizan un diferencia afirmativa sobre la cualidad moral de un sistema de reglas?*⁴⁸

La conclusión de Waldron es que Hart, en ocasiones, contestaría afirmativamente a las dos cuestiones enunciadas, pero al hacerlo, se separaría de la tesis de la separación del positivismo jurídico. Esto

⁴⁷ Hart, H.L.A.; *El concepto de Derecho*, op. cit, p. 230.

⁴⁸ Waldron, J.; “Positivism and legality: Hart’s equivocal response to Fuller”, *New York University Law Review*, 83, 2008, p. (1135-1169) 1160.

ha tenido desarrollos diversos en lo que se conoce como *positivismo incluyente*. Precisamente una de las ocasiones que Hart se pronunció a favor de que la justicia formaba parte de los principios de legalidad es en la aplicación retroactiva de normas en el caso del *delator reconcoroso*.

Un último argumento que proviene de las visiones de Hart, aplicable al caso de los tiradores del Muro, sería la noción de *Contenido mínimo de Derecho Natural*. Este sería el mínimo de moralidad que habría en todo sistema jurídico que tendría como objetivo principal la supervivencia de la sociedad. Es de señalar la primera obligación que establece: “Si los hombres llegaran a perder su vulnerabilidad recíproca se habría desvanecido una razón obvia para la prescripción más característica del derecho y la moral: *No matarás*.”⁴⁹ Cabe plantear, desde esta perspectiva, si una

Ley que habilite a hacer uso de armas de fuego ante a la apariencia de delito – “traspasar la frontera”- va contra este Contenido mínimo de Derecho Natural. Y si esto fuera así, esa ley injusta perdería su carácter jurídico. Sobre este punto específico Hart no se pronuncia. Pero si lo hace sobre los tribunales que juzgaron a los nazis y se plantea: “¿Hemos de castigar a quienes hicieron cosas malas que eran permitidas por leyes perversas, entonces en vigencia? Estas preguntas plantean muy diferentes problemas de moral y justicia, que es menester considerar en forma independiente los unos de los otros: no pueden ser resueltos mediante la negativa absoluta a reconocer que las leyes malas pueden ser válidas para algún propósito. Esta es una manera demasiado tosca de lidiar con cuestiones morales delicadas y complejas”⁵⁰

⁴⁹ Hart, H.L.A.; *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 241.

⁵⁰ Hart, H.L.A.; *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 260-261.

3.-a1) La moralidad interna del Derecho – Fuller-

La polémica entre Hart y Fuller tuvo en el caso del *delator reconcoroso* uno de sus motivos de controversia, y puede interpretarse, de forma más general, como una reedición de la disputa entre dos versiones particulares de positivismo y iusnaturalismo. Más que en etiquetas, lo interesante es, en este caso, que ofrecen argumentos nuevos y merecen atención. En este sentido, Fuller hace una reformulación del dilema en el que se encuentra Hart con estas palabras:

“Por un lado, tenemos un dato amoral denominado Derecho, que tiene la peculiar cualidad de crear un deber moral de obedecerlo. Por otro lado, tenemos un deber moral de hacer lo que pensamos que es correcto y decente. Cuando estamos enfrentados con una ley que creemos que, a conciencia, es

un mal, tenemos que elegir entre los dos deberes.”⁵¹

Me parece que este planteamiento no responde al verdadero enfoque de Hart como se ha mostrado anteriormente. Según este autor, el Derecho no crea un deber moral de obediencia. El punto conflictivo, quizá no del todo resuelto, es qué deben hacer los jueces en un caso concreto. Pero quizá el punto más característico de la polémica es la idea de Fuller de la moralidad interna del Derecho. Esto significa que para ser considerado Derecho éste debería contar con una serie de propiedades características, que son de tipo formal, y crean su moralidad interna.

De esta forma, lo que separa a Hart y Fuller no es que el contenido material del Derecho no permita calificarlo como propiamente jurídico. En este sentido,

⁵¹ Fuller, L.L.; “Positivism and fidelity to Law. A reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, 71, 1957, p. (630-672) 656.

Fuller sostiene: “El Profesor Hart parece asumir que la única diferencia en el Derecho Nazi y, por ejemplo, el Derecho inglés es que los nazis utilizaron sus leyes para lograr fines que son odiosos para un inglés. Esta asunción, creo, está seriamente equivocada.”⁵²

La concepción del Derecho de Fuller parte de considerar que existen una serie de propiedades que deben cumplir los ordenamientos jurídicos si quieren calificarse como Derecho. De esta forma, Fuller enumera estas características:

“a) La generalidad del Derecho; b) Promulgación; c) No leyes retroactivas; d) La claridad de las leyes; e) No contradicción de las leyes; f) No leyes requiriendo lo imposible; g) Constancia del Derecho a través del tiempo; h) Congruencia entre la acción oficial

⁵² Fuller, L.L.; “Positivism and fidelity to Law. A reply to Professor Hart”, op. cit, p. 650.

y la regla declarada; i) Legalidad como una cuestión práctica.”⁵³

La línea de argumentación de Fuller es que los horrores de la Alemania se produjeron, por ejemplo, debido a normas secretas. De esta forma, no podrían calificarse como Derecho. Así, Fuller sostiene “seguramente no hay mayor monstruosidad jurídica que una promulgación secreta.”⁵⁴

Respecto al caso de los tiradores del Muro, se podría realizar varias líneas de argumentación. La primera es el principio de no contradicción de las leyes. En la RDA existía el delito de homicidio. Según la disposición de la Ley de Fronteras: “Al hacer uso de armas de fuego se protegerá en lo posible la vida de las personas.”⁵⁵ Esta disposición está

⁵³ Fuller, L. L.; *The morality of Law*, Yale University Press, pp. 46-94

⁵⁴ Fuller, L. L.; “Positivism and fidelity to Law. A reply to Professor Hart”, op. cit, p. 651.

⁵⁵ Alexy, R.; “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, op. cit, p. 80.

prevista para acciones que tengan “apariencia de delito” y cruzar la frontera lo era. Dadas estas circunstancias, con una interpretación sistemática, se puede deducir que existen situaciones, amparadas legalmente, en las que no es posible proteger la vida de las personas al hacer el uso de armas de fuego. De otra forma la norma sería superflua. La cuestión es cómo debe interpretarse conjuntamente la expresión “en lo posible” y el delito de homicidio regulado en la RDA.

En este caso la legislación en la RDA suponía una contradicción parcial entre dos disposiciones que otorgaban un poder de interpretación muy amplio para aquellos que debían aplicar las normas. Ellos debían determinar cuándo había “apariencia de delito” y cuándo era “posible” -y cuándo no- proteger la vida de las personas. Para mostrar más claramente la cuestión, me referiré a cómo está regulado actualmente el uso

de armas de fuego en el ordenamiento jurídico español para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado:

- c. En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.
- d. Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la

seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.⁵⁶

Se puede ver cómo la regulación española resuelve la contradicción de una forma ponderada y justificada y la regulación de la RDA es una regulación casi abierta.

La segunda argumentación tiene que ver con la congruencia de la acción oficial y la regla declarada. Según explica Felip Saborit, los soldados recibían órdenes de disparar contra los que cruzaban la frontera. Con lo que la oficial previsión de que “se protegerá en lo posible la vida de las personas” no se correspondía con la práctica de los soldados en el Muro.⁵⁷

⁵⁶ Artículo 5.2 Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (España).

⁵⁷ Felip Saborit sostiene que “a través de circulares internas, instrucciones, órdenes, etc. Las instancias estatales dejaron siempre bien claro que la indemnidad de la frontera debía mantenerse a cualquier precio, “eliminando” (*vernichten*) a los transgresores si no existiera otro medio para evitar la fuga. A este fin, los soldados eran reunidos cada vez que entraban en servicio y se les daba la consigna de impedir todo intento de cruce de frontera, a costa, si era necesario,

Una tercera línea de argumentación tiene que ver con la característica de irretroactividad de las leyes como parte de la moralidad interna del Derecho. Aquí cabe hacer dos consideraciones en diverso sentido. La primera es que sí se afirma en sentido fuerte esta característica, y no se admite excepciones, la solución positivista que proponen Kelsen y Hart no podría considerarse Derecho, según la moralidad interna del Derecho de Fuller. Pero, por otro lado, si se afirma la visión iusnaturalista, en alguna noción cercana a la de los delitos naturales, existiría un cierto problema de retroactividad, o más bien de seguridad jurídica –característica de que el Derecho debe ser promulgado según Fuller-.

de la muerte del furtivo. Los soldados eran conscientes, además, de que toda fuga consumada era cuidadosamente investigada, mientras que las muertes de los fugitivos nunca era objeto de indagación judicial sino justo lo contrario, era motivo de premio. Esta situación nunca contradicha por ninguna instancia pública y que se resumiría en la absoluta prevalencia de la protección de la frontera frente a la vida, ha sido denominada praxis estatal por el BGH. BGH 3.11.1992 Felip Saborit, D.; *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*, op. cit, p. 215.

Es decir, podría no estar clara, para todas las personas, la lista de los delitos naturales.

La línea de los Tribunales alemanes fue considerar que era “compresible” y “evidente” que existía una elemental prohibición de matar:

“El Tribunal Supremo Federal desde la primera sentencia sobre los centinelas del muro estableció “el homicidio de un fugitivo desarmado mediante fuego sostenido (*Dauerfuer*)...en las circunstancias constatadas, fue un actuar de tal modo horrible y privado de cualquier justificación posible que la violación de la proporcionalidad y la elemental prohibición de matar fue, sin más, comprensible (*einsichtig*) y con ello evidente incluso para un hombre

adoctrinado” BVerfG EuGRZ 1996 538(551); cf. BGHSt 39, 1 (34)”⁵⁸

Sin embargo, Alexy se distancia de esta posición del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional Federal:

“Hay demasiados argumentos para sostener que no estaba al alcance de un gran número de jóvenes guardias fronterizos la determinación del punto a partir de cual podía considerarse “más allá de toda duda” que los disparos junto al muro, aun con estar amparados por el derecho positivo vigente entonces, no solo eran derecho injusto, sino además derecho extremadamente injusto, lo que

⁵⁸ Alexy, R.; “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro del Berlín”, op. cit, p. 228.

por ende constituía el presupuesto de su antijuridicidad.”⁵⁹

La clave de este caso es si pueden ser condenados por un delito aquellos que creían actuar, según del Derecho válido, siguiendo órdenes de sus superiores, pero esto suponía matar a seres humanos. La doctrina se ha centrado en el tema de la culpabilidad.⁶⁰ Desde los parámetros de la Filosofía del Derecho, este es un caso de la obediencia de una ley injusta y del papel de los jueces y del

⁵⁹ Alexy, R.; “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro del Berlín”, op. cit, p. 228.

⁶⁰ Alexy concluye su visión sobre la Sentencia con estas palabras: “Salvo la solución del problema de la culpabilidad, la decisión del Tribunal Constitucional federal es correcta en cuanto al resultado. Sin embargo, constituye un palmario y clásico ejemplo de que un resultado correcto no basta allí donde lo que importa es la fundamentación. Y es que, aunque la indeterminación y la falta de claridad puede favorecer ocasionalmente el consenso, lo cierto es que no hacen justicia a la gravedad de un verdadero debate público sobre lo correcto, el cual sólo es atractivo por sí mismo, sino que también constituye un presupuesto de la estabilidad política duradera” Alexy, R.; “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro del Berlín”, op. cit, p. 228.

Derecho ante acciones cometidas bajo leyes injustas.

4.- Algunas conclusiones

El caso de los tiradores del Muro del Berlín supuso la condena de los soldados que dispararon y mataron a seres humanos. Ellos obedecían órdenes explícitas de sus superiores y estaban amparados por la regulación normativa del ordenamiento jurídico de la RDA. El Tribunal Constitucional Federal confirmó la condena los tribunales inferiores, aplicando una versión de la Fórmula de la intolerancia de Radbruch y sosteniendo que se trataba de “derecho extremadamente injusto”. Las visiones desarrolladas sobre los diferentes autores que se ha analizado se podrían resumir, de forma muy sintética, en las siguientes proposiciones:

Kelsen: a) El Derecho de la RDA era Derecho válido y esto no implica una valoración moral, ni tampoco su legitimación; b) Las interpretaciones científico objetivas de estas disposiciones jurídicas son múltiples y existe no única respuesta correcta; c) Existe una legalidad internacional de los derechos humanos, que puede aplicarse al caso; d) Se debería aplicar de forma retroactiva las leyes de la RDA como mal menor

Radbruch: a) El Derecho extremadamente injusto no es Derecho, es un falso Derecho. El Tribunal adoptó la Fórmula de la intolerancia b) La clave del caso es determinar si se trata de un caso de Derecho extremadamente injusto y Alexy da argumentos a favor c) Se podría aplicar la Formula del repudio al Derecho de la RDA. d) La retroactividad funciona de forma diferente para los defensores del Derecho Natural, a costa de la certeza sobre la lista de delitos naturales.

Hart: a) El caso se plantea un dilema entre impunidad y aplicación retroactiva. Este puede caracterizarse como un dilema de sacrificio, con una solución como mal menor; b) El concepto del derecho no comporta la obediencia. Existe un punto más abierto sobre qué deben hacer los jueces ante leyes injustas c) Se podría argumentar que la regulación de la RDA en este caso va contra la prescripción del Contenido mínimo de Derecho Natural que sostiene: “No matarás”.

Fuller: a) Podría haber contradicción entre la regulación de la Ley de fronteras y el delito de homicidio en la RDA; b) Podría no haber congruencia entre acción oficial con la regla declarada; c) La irretroactividad es un características de la moralidad interna del Derecho

En su ensayo *Por qué leer a los clásicos*, Italo Calvino considera, entre otros

rasgos, que “Tu clásico es aquel que no puede serte indiferente y que te sirve para definirte a ti mismo en relación y quizás en contraste con él.”⁶¹ Desde esta perspectiva, Kelsen, Radburch, Hart y Fuller son autores clásicos de la Filosofía del Derecho.

⁶¹ Calvino, I.; *Por qué leer los clásicos*, Barcelona, Tusquets, 1993.

